

# CONFLICTOS DE CONCIENCIA ANTE LOS TRASPLANTES DE ÓRGANOS

*Antonio Pérez Miras*

*Profesor Asociado Colaborador Área de Derecho constitucional  
Facultad de Derecho (ICADE)  
Universidad Pontificia Comillas*

**SUMARIO:** 1. **Premisa;** 2. **Régimen jurídico aplicable:** 2.1. De los trasplantes de órganos; 2.2. De la objeción de conciencia; 3. **Libertad religiosa y trasplantes de órganos:** 3.1. Un binomio poco frecuente; 3.2. La postura de las confesiones religiosas ante los trasplantes de órganos; 4. **Supuestos de conflicto:** 4.1. Desde el punto de vista del donante; 4.2. Desde el punto de vista del receptor; 5. **Reflexiones finales a modo de conclusión.**

## RESUMEN

El presente artículo aborda los posibles conflictos que pueden producirse en el ámbito de los trasplantes de órganos en relación a supuestos conflictos de conciencia que pudieran darse tanto desde la perspectiva del donante como del receptor, para lo que se van a analizar tres casos de estudio con las siguientes problemáticas: la no autorización por parte de un juez de la donación de un marroquí fallecido en accidente en España por presumir un conflicto entre la donación y la religión musulmana; la no aceptación de órgano proveniente de persona conocida en sentido amplio; los xenotrasplantes.

## PALABRAS CLAVE

Objeción de conciencia; trasplantes de órganos; donación de órganos; donante de órganos; receptor; xenotrasplantes.

## ABSTRACT

This article discusses the potential conflicts that can occur in the field of organ transplantation in relation to conflicts of conscience that may arise both from the perspective of the donor and the recipient. It is going to be analyzed three case studies with the following problems: non-authorization of a judge of the organ donation from a Moroccan who died in accident in Spain because of the assumption of a conflict between the donation and the Muslim religion; the rejection of organ from someone known; xenotransplantation.

## KEYWORDS

Conscientious objection; organ transplantation; organ donation; organ donor; recipient; xenotransplantation.

## 1. PREMISA

Los avances en medicina ponen al jurista ante nuevos interrogantes que deben resolverse en el marco coherente del ordenamiento jurídico. Los trasplantes de órganos, sin duda, representan uno de los mayores logros quirúrgicos del siglo XX pues se conseguía la realización de un anhelado método para salvar vidas, intuita desde antiguo, como es la sustitución de órganos vitales<sup>1</sup> de pacientes graves por otros que reemplacen al fallido y mejoren en consecuencia la calidad de vida del enfermo. Pero no sólo la idea de trasplante se circunscribe a dichos órganos sino que conforme avanza la ciencia se amplía también a determinados tejidos<sup>2</sup> que igualmente van a incidir en esa mayor salud del enfermo tratado.

El gran problema al que se enfrenta la técnica de los trasplantes no es una cuestión ética o jurídica, sino que se trata de un impedimento fáctico: la escasez de órganos y tejidos disponibles ante un, cada vez, mayor número de pacientes que esperan un trasplante que mejore sus expectativas y condiciones de vida. Incluso en España, que goza de un prestigioso y reconocido sistema de trasplantes en el marco del Sistema Nacional de Salud, la escasez de órganos aptos para ser trasplantados en pacientes necesitados es el gran reto al que se enfrenta la Organización Nacional de Trasplantes<sup>3</sup> (en adelante, ONT), cuya experiencia y éxito en la coordinación y en el máximo aprovechamiento de los órganos disponibles han hecho que a nivel mundial se conozca dicho sistema como modelo español, que ha sido incluso recomendado por la OMS y por el Consejo de Europa.

El trasplante de órganos se ha manifestado como una técnica idónea para el tratamiento médico en determinadas circunstancias. No podemos olvidar que el primer trasplante con éxito se realizó el 23

1 Piénsese en órganos tales como el corazón, el riñón o el hígado.

2 Entre los mismos podemos incluir la córnea, globos oculares, huesos, ligamentos, válvulas cardíacas y segmentos vasculares.

3 La ONT es un organismo autónomo dependiente del Ministerio de Sanidad encargado de coordinar la gestión de los trasplantes dentro de España, en colaboración con las CCAA, así como el intercambio internacional, y de fomentar las políticas y la educación que favorezcan los trasplantes y, en general, la donación de órganos. Realiza, por tanto, las competencias correspondientes a dicho Ministerio en lo que a trasplantes se refiere (art. 27 RD 1723/2012). Se regula jurídicamente por su Estatuto aprobado por el RD 1825/2009, de 27 de noviembre (BOE núm. 287, de 28 de noviembre de 2009). Como reconocimiento a su extraordinaria labor, en 2010 se le concedió el Premio Príncipe de Asturias a la Cooperación Internacional.

de diciembre de 1954 en EEUU<sup>4</sup>, tan solo hace casi 60 años, poco tiempo en realidad, pero que ha convertido en rutinaria una práctica revolucionaria que ha salvado muchas vidas sin esperanzas, en su momento, de tratamientos alternativos. No por ello está exento de algunos cuestionamientos éticos y morales, aunque parece que en general en nuestro entorno cultural no causa rechazo *a priori* la utilización de un órgano ajeno para salvar la vida enferma.

El presente trabajo va a tratar de poner de relieve algunas problemáticas que pueden darse al respecto; pero bien es cierto que no existe ni una regularidad de hechos que conmuevan los cimientos del sistema, ni posibilidades reales actuales para que se cambie el enfoque en el tratamiento de la necesidad de sustitución de órganos y tejidos dañados por otros que suplan sus funciones. Dejemos en este sentido aparte los posibles mecanismos artificiales que puedan inventarse y crearse para la sustitución de órganos biológicos, así como los remedios mecánicos sustitutivos como es, por ejemplo, el tratamiento de sustitución renal (diálisis). Salvo por algunas desafortunadas anécdotas, como veremos más adelante, en nuestro ámbito cultural no existe un impedimento ético ni moral que ponga en duda las grandes ventajas que supone para un enfermo recibir un órgano de otro ser humano, ya sea de donante vivo o fallecido; antes al contrario, es visto como un gesto de altruismo y solidaridad muy apreciado por la sociedad, y muestra de ello es el aumento de donaciones que a lo largo de los años se ha ido paulatinamente produciendo, conforme se va tomando conciencia de la importancia que la donación implica, primero, para salvar vidas, y segundo, como pilar de un modelo exitoso<sup>5</sup>.

En consecuencia, no nos cabe duda de las bondades que la donación implica, los beneficios que la recepción de órganos comporta y la aceptación común por parte de nuestra sociedad de esta práctica

4 Se trató de un trasplante de riñón entre gemelos univitelinos. Hubo que esperar hasta 1967 para el primer trasplante de corazón y hasta 1978, con la aparición de la ciclosporina, para el control del rechazo agudo. Una introducción más amplia al respecto puede verse en MARINA RIOPÉREZ, Pablo: *El trasplante de órganos y tejidos humanos. Un reto jurídico y ético para el siglo XXI*, Berriozar, Instituto Martín de Azpilcueta, Navarra Gráfica Ediciones, 2005, p. 11 ss.

5 Según los últimos datos disponibles relativos al año 2013, en España ha habido 35,12 donantes por millón de población (p.m.p.), con 1.655 donantes y 4.279 trasplantes, manteniéndose en el liderazgo mundial desde hace 22 años.

Puede consultarse *online* en (última consulta el 4/05/2014) <http://www.ont.es/prensa/NotasDePrensa/13%20ENE%2014%20NP%20Balance%202013.pdf>

dentro de las prestaciones sanitarias del Sistema de Salud. Ello no obsta, en cambio, para que queden espacios en los que puedan ocurrir algunos conflictos concernientes a los trasplantes de órganos. Es bien cierto que en España no se ha producido hasta el momento, con cierta trascendencia social, una situación sobre objeciones de conciencia a realizar trasplantes o a recibir determinados órganos o tejidos; no se trata de un tema mediático ni es algo a lo que la doctrina haya prestado especial interés (sin duda por la falta de relaciones fácticas y pronunciamientos jurisprudenciales). A diferencia de un sector similar, el de las transfusiones de sangre, donde la polémica ha llegado incluso al Tribunal Constitucional en amparo, lo que conocemos de los trasplantes por los medios de comunicación son datos estadísticos, avances y hazañas médicos, así como llamadas a la colaboración ciudadana, y por parte de la doctrina, estudios relativos al régimen jurídico que ha permitido, posibilitado, el éxito del modelo español<sup>6</sup>.

No es tampoco de extrañar que en algún momento pueda producirse algún conflicto al respecto, pues como señalan Navarro-Valls y Martínez-Torrón, estamos ante un “*big bang* de objeciones de conciencia”<sup>7</sup>, un aumento de casos y circunstancias en que se producen colisiones entre el imperativo de la norma jurídica y el dictado de la norma moral interna.

La objeción de conciencia se encuentra amparada en nuestro ordenamiento, a nivel constitucional como europeo, sobre la base de la libertad ideológica y religiosa. Bien es cierto que tradicionalmente este instituto estaba ligado a las creencias religiosas profesadas en una determinada sociedad, pero desde el momento en que las sociedades han dejado de ser aparentemente uniformes, conformándose un espacio

multicultural donde las conciencias individuales interactúan en libertad (ideológica y religiosa), hoy es posible basar la objeción en el grave conflicto interior que el cumplimiento de una norma implica para la coherencia ética individual. El objetor sería pues un cumplidor habitual del Derecho que en un determinado momento necesita una dispensación del rigor jurídico porque se ve afectado su derecho fundamental de credo y a la conciencia individual. De esta manera estamos ante un contexto de colisión de derechos, de enfrentamiento de diversos intereses<sup>8</sup>. En tal sentido, podemos seguir el concepto amplio de objeción que proponen los Profesores Navarro-Valls y Martínez-Torrón como “el rechazo del individuo, por motivos de conciencia, a someterse a una conducta que en principio sería jurídicamente exigible (ya provenga la obligación directamente de la norma, ya de un contrato, ya de un mandato judicial o resolución administrativa)”<sup>9</sup>.

Sentadas estas bases, vamos a estudiar en los apartados siguientes algunas situaciones, más hipotéticas que reales y actuales, y sin ánimo exhaustivo, en las que podrían darse conflictos de conciencia para el caso de trasplantes de órganos. Para ello empezaremos con una introducción general sobre el régimen jurídico aplicable (§ 2) y los posibles espacios de conflicto entre la libertad religiosa y los trasplantes (§ 3) para pasar posteriormente a analizar tres supuestos que se encuadran en la *relación* donante – receptor (§ 4), dejando, por tanto, la óptica del profesional sanitario, y así acabar finalmente con unas reflexiones finales a modo de conclusión (§ 5).

## 2. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE

### 2.1. De la donación y trasplantes de órganos

Es imposible abordar en estas páginas toda la problemática y riqueza normativa que sustenta el

6 Una legislación adecuada se considera parte del éxito del modelo, como se reconoce desde la propia ONT donde el enfoque multidisciplinar con el que se aborda el tema de los trasplantes encuentra en la Ciencia Jurídica un sustento de principios y reglamentaciones que hacen viable, y coherente, este sistema basado en la solidaridad y el altruismo. Dicho enfoque multidisciplinar puede consultarse en <http://www.on.es/home/Paginas/Enqueconsiste.aspx> (última consulta el 04/05/2014)

7 NAVARRO-VALLS, Rafael, MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier: *Conflictos entre conciencia y ley. Las objeciones de conciencia*, 2ª ed., Madrid, Iustel, 2012, p. 29 ss. Señalan estos autores que “[varias] son las causas de esta especie de *big bang* de la objeción de conciencia. De un lado la crisis del positivismo legalista, que parte del supuesto de que las determinaciones jurídicas contenidas en las leyes agotan prácticamente el contenido ideal de la justicia. De otro, el valor de las motivaciones que subyacen en los comportamientos de objeción a la ley, disímiles de las que conducen a la simple y pura transgresión de la norma fundada en el simple egoísmo.” (p. 30)

8 En este sentido, NAVARRO-VALLS, Rafael, MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier: *op. cit.*, p. 38-39.

9 NAVARRO-VALLS, Rafael, MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier: *op. cit.*, p. 37. Continúan diciendo que “todavía más ampliamente, se podría afirmar que el concepto de objeción de conciencia incluye toda pretensión motivada por razones axiológicas – no meramente psicológicas- de contenido primordialmente religioso o ideológico, ya tenga por objeto la elección menos lesiva para la propia conciencia entre las alternativas previstas en la norma, eludir el comportamiento contenido en el imperativo legal o la sanción prevista por su incumplimiento, o incluso, aceptando el mecanismo represivo, lograr la alteración de la ley que es contraria al personal imperativo ético.”

mejor modelo de organización de trasplantes del mundo con lo que vamos a hacer una breve referencia a su configuración y las principales normas que queremos resaltar para la mejor comprensión de los casos específicos que abordaremos a continuación<sup>10</sup>.

A nivel internacional, hay que tener en cuenta el Convenio de Oviedo de 1997 (Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina) así como su Protocolo Adicional sobre Trasplante de Órganos y Tejidos de Origen Humano, hecho en Estrasburgo el 24 de enero de 2002.

La base legal en esta materia la encontramos en la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos<sup>11</sup>, reformada únicamente en sus arts. 4 y 6 por la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad<sup>12</sup>. Esta Ley 30/1979, si bien es corta en sus formulaciones (7 artículos), resulta decisiva para el establecimiento de los requisitos que posteriormente se van a desarrollar por vía reglamentaria; especialmente importante es su art. 2 en el que se asientan los principios caracterizadores del modelo:

“No se podrá percibir compensación alguna por la donación de órganos. Se arbitrarán los medios para que la realización de estos procedimientos no sea en ningún caso gravosa para el donante vivo ni para la familia del fallecido. En ningún caso existirá compensación económica alguna para el donante, ni se exigirá al receptor precio alguno por el órgano trasplantado.”

Se recoge aquí por tanto los principios de gratuidad, altruismo y solidaridad que marcan la configuración de todo el sistema. Para comprender una regulación más detallada de los trasplantes se hace necesario acudir a los decretos de desarrollo. En tal sentido, tenemos que diferenciar si se trata de órganos o tejidos, aunque en ambos casos vamos a estar ante regulaciones completas y adecuadas para el buen funcionamiento del sistema.

Por un lado tenemos el Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre, por el que se regulan las

actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad<sup>13</sup>, con el que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2010/53/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio de 2010, sobre normas de calidad y seguridad de los órganos humanos destinados al trasplante<sup>14</sup>. Este Real Decreto define el trasplante como el “proceso destinado a restaurar determinadas funciones del cuerpo humano mediante la sustitución de un órgano enfermo, o su función, por otro procedente de un donante vivo o de un donante fallecido” (art. 3.25) y define el órgano como “aquella parte diferenciada del cuerpo humano constituida por diversos tejidos que mantiene su estructura, vascularización y capacidad para desarrollar funciones fisiológicas con un grado importante de autonomía y suficiencia. Son, en este sentido, órganos: los riñones, el corazón, los pulmones, el hígado, el páncreas, el intestino y cuantos otros con similar criterio puedan ser obtenidos y trasplantados de acuerdo con los avances científicos y técnicos. Se considera asimismo órgano, la parte de éste cuya función sea la de ser utilizada en el cuerpo humano con la misma finalidad que el órgano completo, manteniendo los requisitos de estructura y vascularización. A efectos de este Real Decreto, también se consideran órganos los tejidos compuestos vascularizados.” (art. 3.19).

En su capítulo II, del respeto y protección al donante y al receptor, (arts. 4 a 7) se reiteran y concretan los principios vistos hasta el momento, que quedan configurados en los principios de voluntariedad, altruismo, confidencialidad, ausencia de ánimo de lucro y gratuidad, la selección y el acceso al trasplante de los posibles receptores se regirán por el principio de equidad y se adoptarán medidas de seguridad y calidad a la vez que se busca mejorar la eficiencia del proceso de obtención y trasplante de órganos.

En términos similares se expresa el Real Decreto 1301/2006, de 10 de noviembre, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos<sup>15</sup>, que traspone la Directiva 2004/23/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, relativa al establecimiento de normas

10 Me permito remitir para una visión más completa a PUNZÓN MORALEDA, Jesús, SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Francisco: “Regulación jurídica administrativa de la donación y trasplantes de órganos”, en PALOMAR OLMEDA, A., CANTERO MARTÍNEZ, J. (dirs.): *Tratado de Derecho Sanitario*, Vol. II, Cizur Menor, Aranzadi, 2013, p. 867-902.

11 BOE núm. 266, de 6 de noviembre de 1979.

12 BOE núm. 184, de 2 de agosto de 2011.

13 BOE núm. 313, de 29 de diciembre de 2012.

14 DOUE núm. 207, de 6 de agosto de 2010.

15 BOE núm. 270, de 11 de noviembre de 2006.

de calidad y de seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos<sup>16</sup>, así como la Directiva 2006/17/CE de la Comisión, de 8 de febrero de 2006, por la que se aplica la Directiva 2004/23/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a determinados requisitos técnicos para la donación, la obtención y la evaluación de células y tejidos humanos<sup>17</sup>.

Tanto la Ley como estos Reales Decretos distinguen entre donante vivo y donante fallecido. Esta distinción resulta muy importante en especial en lo que a consentimiento se refiere.

Por donante vivo se entiende toda persona viva de la que se pretende obtener aquellos órganos, o parte de los mismos, cuya obtención sea compatible con la vida y cuya función pueda ser compensada por el organismo del donante de forma adecuada y suficientemente segura (art. 3.14 RD 1723/2012). Según el art. 4 de la Ley y el art. 8 RD, el donante vivo debe ser mayor de edad y con plenas facultades mentales debe recibir información necesaria para comprender la trascendencia del acto y poder consentir consecuentemente. Se prohíbe expresamente a los enfermos mentales, con defectos psíquicos y a los menores de edad, aun con el consentimiento de los padres. (En sentido similar se expresa el art. 7 RD 1301/2006 para los tejidos).

Por donante fallecido se entiende toda persona difunta de la que se pretende obtener órganos para su ulterior trasplante y que no hubiera dejado constancia expresa de su oposición (art. 3.13 RD 1723/2012)<sup>18</sup>. Existe por tanto una presunción *iuris tantum* de que

todos somos donantes de órganos salvo que manifiestemos lo contrario (también *ex art.* 5.2 Ley 30/1972). En este supuesto los menores de edad e incapacitados también serán donantes salvo que su oposición sea manifestada por sus representantes legales (art. 9 RD 1723/2012). Esta presunción no obsta en todos los casos la necesidad de recabar en cierto modo el *consentimiento* de los familiares, o en su defecto del juez<sup>19</sup>, para que efectivamente se le puedan extraer los órganos, y ello si no existen instrucciones previas<sup>20</sup> en las que se haya producido una manifestación de voluntad al respecto para el momento de la muerte, o que el representante allí designado sea el que deba de tomar semejante decisión. Por ello, bien sea mediante un consentimiento prospectivo o mediante consentimiento presunto por representación, me parece que se diluye la presunción positiva a favor de la donación que marca la normativa específica de trasplantes. Se debe también señalar que cabe hacer manifestaciones en contrario para todos o sólo para algunos órganos. (En sentido similar se expresa el art. 8 RD 1301/2006 para los tejidos).

Otro sujeto fundamental en esta relación es el receptor del órgano, sin tener en cuenta ahora ni los centros hospitalarios ni los cirujanos que efectivamente

---

comprobaciones pertinentes sobre la voluntad del fallecido:

1. Investigar si el donante hizo patente su voluntad a alguno de sus familiares, o a los profesionales que le han atendido en el centro sanitario, a través de las anotaciones que los mismos hayan podido realizar en la historia clínica, o en los medios previstos en la legislación vigente.

2. Examinar la documentación y pertenencias personales que el difunto llevaba consigo.

Siempre que las circunstancias no lo impidan, se deberá facilitar a los familiares presentes en el centro sanitario información sobre la necesidad, naturaleza y circunstancias de la obtención, restauración, conservación o prácticas de sanidad mortuoria.”

19 Según el art. 5.3 Ley 30/1979: “Las personas presumiblemente sanas que falleciesen en accidente o como consecuencia ulterior de éste se considerarán, asimismo, como donantes, si no consta oposición expresa del fallecido. A tales efectos debe constar la autorización del Juez al que corresponda el conocimiento de la causa, el cual deberá concederla en aquellos casos en que la obtención de los órganos no obstaculizare la instrucción del sumario por aparecer debidamente justificadas las causas de la muerte.”

20 Art. 11.1 Ley 41/2002: “Por el documento de instrucciones previas, una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo. El otorgante del documento puede designar, además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas.” También habrá que estar a la legislación autonómica sobre el particular.

---

16 DOUE núm. 102, de 7 de abril de 2004.

17 DOUE núm. 38 de 9 de febrero de 2006.

18 El art. 9 RD 1723/2012 establece los requisitos para el donante fallecido. En concreto su apartado primero dispone: “La obtención de órganos de donantes fallecidos con fines terapéuticos podrá realizarse si se cumplen los requisitos siguientes:

a. Que la persona fallecida de la que se pretende obtener órganos, no haya dejado constancia expresa de su oposición a que después de su muerte se realice la obtención de órganos. Dicha oposición, así como su conformidad si la desea expresar, podrá referirse a todo tipo de órganos o solamente a alguno de ellos y será respetada.

En el caso de que se trate de menores de edad o personas incapacitadas, la oposición podrá hacerse constar por quienes hubieran ostentado en vida de aquéllos su representación legal, conforme a lo establecido en la legislación civil.

b. Siempre que se pretenda proceder a la obtención de órganos de donantes fallecidos en un centro autorizado, el responsable de la coordinación hospitalaria de trasplantes, o la persona en quien delegue, deberá realizar las siguientes

van a intervenir en la obtención y trasplante de órganos y tejidos. El receptor, como paciente que recibe un tratamiento o que autoriza una intervención, deberá prestar el consentimiento informado por escrito (ex art. 8 Ley 41/2002) lo que expresamente se prevé en el art 17 RD 1723/2012. En la Ley 30/1979 no se le dedica ningún artículo, pero indirectamente se garantiza el anonimato del receptor (ex art. 4.d.)

## 2.2. De la objeción de conciencia.

Como ya hemos visto *supra*, la objeción de conciencia tiene su base jurídica en la libertad ideológica y religiosa. Esta libertad se recoge desde los Textos internacionales<sup>21</sup> sobre derechos humanos hasta nuestra Carta Fundamental. Se trata de un *prius* necesario para el ejercicio de los demás derechos fundamentales<sup>22</sup>. Como ha señalado nuestro Tribunal Constitucional, la libertad ideológica nos permite “adoptar una determinada posición intelectual ante la vida y cuanto le concierne y a representar o enjuiciar la realidad según personales convicciones”<sup>23</sup>. De este modo, esa *posición intelectual ante la vida*, esa libertad de conciencia, es la base sobre la que se asienta la posibilidad de objetar el cumplimiento de una norma jurídica. En cambio no supone un principio de autodeterminación absoluto que nos permita una aleatoria posición de sujeción a la norma por una mera voluntad caprichosa y, por tanto, sin que podamos extraer del mismo un derecho general a la objeción de conciencia que se traduzca en una autoexención del cumplimiento de la norma<sup>24</sup>.

En nuestro ordenamiento, la acogida de la objeción de conciencia ha tenido diversas fuentes. De

21 Así se contempla en el art. 18 DUDH, el art. 18 PIDCP y art. 9 CEDH.

22 Como bien señala PÉREZ ROYO, Javier: *Curso de Derecho Constitucional*, 11ª ed. revisada y puesta al día por Manuel Carrasco Durán, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 289: “La libertad ideológica nos permite construir nuestra voluntad de manera autónoma, sin injerencias externas no consentidas. Pero una vez que la hemos formado y la exteriorizamos, ya no es la libertad ideológica sino otra libertad u otro derecho el que estamos ejerciendo. La exteriorización de la libertad ideológica sólo puede hacerse a través del ejercicio de otros derechos.”

23 STC 190/1990, FJ 10. Además, en una sentencia un poco anterior el Tribunal afirma que “[sin] la libertad ideológica [...] no serían posibles los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico que se propugna en el art. 1.1 [CE]” (STC 20/1990, FJ 3).

24 Vid. STC 161/1987, que establece que un genérico derecho a la objeción de conciencia no cabe en el Ordenamiento pues equivaldría a la negación misma del Estado aunque ello no obsta para que excepcionalmente se reconozca tal prerrogativa por ley para un caso concreto.

manera expresa, y en un sentido tradicional y clásico de la figura jurídica, la Constitución la prevé para las obligaciones militares recogidas en el art. 30 CE<sup>25</sup>. Sin embargo el germen constitucional de la objeción de conciencia debemos buscarlo, como hemos dicho hasta el momento, en el art. 16 CE que dispone:

“1. Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley.

2. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias.

3. Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones.”

Como observamos en dicho artículo no se menciona la posibilidad de acudir a la objeción de conciencia y es por ello que juega siempre su referencia al art. 30.2 CE. Sin embargo, su reconocimiento en el ámbito sanitario se deduce de la STC 53/1985 (FJ 14) que ha establecido meridianamente que “[la] objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocida en el art. 16.1 CE y como ha indicado este Tribunal en diversas ocasiones la Constitución es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales”<sup>26</sup>.

Dentro del ordenamiento normativo, la objeción de conciencia tiene expreso reconocimiento en el art. 10.2 CDFUE<sup>27</sup>:

25 Para el caso que aquí nos interesa, debemos recalcar que la objeción de conciencia prevista en el art. 30.2 CE para el servicio militar tiene unas características muy especiales que, a pesar de la importancia tradicional que ha tenido en los últimos tiempos no es el paradigma a seguir para el tratamiento general de la objeción de conciencia (cfr. NAVARRO-VALLS, Rafael, MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier: *op. cit.*, p. 81 ss), además de haberse sustentado normativa y jurisprudencialmente de manera específica con problemáticas concretas (vid. SSTC 160/1987 y 321/1994). Como bien hacen notar estos Autores (Ídem, p. 81) la importancia de la objeción de conciencia militar radica en ser la primera regulada legislativamente pero evidencian ejemplos antiguos en los que los conflictos de conciencia estaban ya presentes.

26 Para un análisis más en profundidad sobre esta problemática me remito a SÁNCHEZ-CARO, Javier: “La objeción de conciencia sanitaria”, *Derecho y Salud*, Vol. 20, núm. 2, 2010, p. 49-64.

27 Este apartado segundo se encuentra dentro del artículo

“Se reconoce el derecho a la objeción de conciencia de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio.”

Tras un arranque dubitativo sobre el valor de la Carta, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa la denominada Carta de Niza se ha incorporado al Derecho de la Unión y forma ya por tanto parte de nuestro acervo jurídico<sup>28</sup>. Puede entonces surgirnos la duda sobre el alcance del límite del reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia por parte de las leyes nacionales, especialmente cuando hemos ido viendo hasta el momento la situación expansiva en que se encuentra el reconocimiento a la objeciones de conciencia hace que la solución de las posibles colisiones se diriman mejor por vía jurisprudencial, pues casi resultaría inabarcable prever la infinidad de objeciones *secundum legem* que pueden llegar a plantearse en una sociedad plural. Es decir, no está supeditando la existencia de tal derecho a que exista una *interpositio legislatoris* nacional con previsión expresa de casos tasados, aunque es indudable que la garantía que proporciona un desarrollo legal hace deseable su existencia, en especial para una correcta actuación de los operadores jurídicos. En este sentido, la expresión “de acuerdo con las leyes nacionales”, como afirman Navarro-Valls y Martínez-Torrón, “contendría [...] una referencia a que los legisladores nacionales son los naturalmente competentes para establecer límites apropiados al derecho de objeción, que ha de interpretarse, además, en el sentido de que esa ‘regulación’ de la objeción nunca podrá entenderse como ‘negación’ de la misma”<sup>29</sup>. En este punto debemos también recordar las palabras de nuestro Alto Tribunal, que en la ya mencionada STC 53/1985 estableció que el “derecho a la objeción de conciencia [...] existe y puede ser ejercitado con independencia de que se haya dictado o no su regulación.” Con lo que, el art. 10.2 CDFUE no ha modificado el tratamiento jurídico que desde los años 80 se ha aplicado en España, si bien hay que reconocer el innegable refuerzo normativo que ha supuesto dicho precepto para la garantía de la objeción de conciencia como derecho propio.

dedicado en la Carta al derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión proclamado en su apartado primero, con lo que no pueden ya caber dudas del fundamento y relación de la objeción de conciencia con la libertad de conciencia.

28 Véase al respecto SARRIÓN ESTEVE, Joaquín: “La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea como instrumento con valor jurídico de tratado”, en PÉREZ ZAFRILLA, P., SARRIÓN ESTEVE, J., BENLLOCH DOMÈNECH, C. (coords.): *Construyendo ciudadanía: teoría y praxis*, Granada, Comares, 2011, p. 181-198

29 NAVARRO-VALLS, Rafael, MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier: *op. cit.*, p. 50.

### 3. LIBERTAD RELIGIOSA Y TRASPLANTES DE ÓRGANOS.

#### 3.1. Un binomio poco frecuente.

Vistos someramente los regímenes jurídicos aplicables a los dos objetos principales de estudio en este trabajo, toca ahora realizar una serie de supuestos, supuestos en los que podamos encontrar, o clarificar, posibles colisiones que puedan darse en el ámbito médico de los trasplantes de órganos. A diferencia de otras actividades sanitarias, pensemos en el aborto o las transfusiones de sangres, casos típicos –y paradigmáticos– de los estudios académicos, en principio los trasplantes de órganos no han representado un campo relevante, especialmente por la falta de supuestos de hecho, que haya merecido la atención de la doctrina. Muchos estudios se pueden encontrar que aborden estos dos grandes temas, pero no así ninguno, al menos con los medios a nuestro alcance, en el que tratan problemáticas concretas de estos ámbitos.

Ello no obsta, en consecuencia, que en las páginas que siguen vayamos a presentar una serie de supuestos, más o menos hipotéticos, en el que consideramos que en tiempo presente o futuro pueden llegar a existir un conflicto moral, especialmente a la hora de ser receptor –necesitado– de un órgano.

Es evidente que la creencia religiosa va a influir en nuestro juicio interno. Sin duda para ser donante se ha tenido que realizar ese juicio de conciencia. Y no sólo nos referimos al donante vivo sino al donante que en vida decide, se pone a pensar, sobre el destino de su cuerpo una vez acaecida la muerte. En esto consiste la labor educacional que a través de la ONT se lleva a cabo para promocionar la cultura de la donación, que implica que nos vayamos manifestando sobre nuestra disposición a ser donantes si una trágica y repentina desgracia cortara el trascurso esperado de la vida para que las personas que tengan que tomar esa decisión ante nuestra falta sepan fehacientemente cuál habría sido nuestra intención. En estas situaciones es donde mejor se entiende la importancia de las instrucciones previas, porque quién mejor que uno mismo para decidir sobre su propio destino, aunque sea cadáver, evitando así también a los familiares en su sufrimiento tener que acordarse de si alguna vez el fallecido habló o no sobre si quería o no ser donante de órganos.

Todo esto desde la perspectiva del donante, pero no podemos perder el enfoque del receptor. Parece

que toda persona acepta sin problemas el hecho de llevar dentro de su cuerpo un órgano ajeno, y ello sin duda, se debe a la consideración del trasplante como el tratamiento necesario con el que se va a recuperar la salud que sentimos perdida. Veremos en los casos siguientes algunos supuestos en los que es el receptor al que le cabrá realizar un juicio ético y las consecuencias que se pueden derivar del mismo.

### 3.2. La postura de las confesiones religiosas ante los trasplantes de órganos

La mayoría de las religiones presentes en España aceptan los trasplantes de órganos. Empecemos por las confesiones que tienen Acuerdos con el Estado, si bien en los mismos no se hace referencia a este tema.

Dentro de las confesiones cristianas, la Iglesia Católica es favorable a los trasplantes de órganos pues se trata de un tratamiento apto con su moral<sup>30</sup>. Sin duda los postulados de caridad y fraternidad de esta religión casan con los principios sobre los que se basa nuestro modelo de trasplante. Por lo tanto, en los países de mayoría cristiana se alienta la donación y se facilita la cultura del trasplante. Las otras Iglesias cristianas abogan por que cada individuo decida en conciencia la decisión de ser o no donante, con lo que lo dejan a la elección individual sin mediatizar o impedir la toma de decisión.

La religión hebraica es asimismo favorable a la donación de órganos de acuerdo con la interpretación del Talmud: “Quien salva una vida salva el mundo”.

Esta idea también se recoge en el Corán, con lo que se interpreta igualmente que la religión musulmana es favorable a los trasplantes aunque es verdad que en determinados países no ha calado (o no se ha promocionado) la cultura de la donación de órganos, lo que explicaría entonces el mito de que los musulmanes se opondrían a los trasplantes. Mito, por tanto,

que debe combatirse, empezando con la enseñanza, difusión y explicación entre los propios musulmanes<sup>31</sup>.

En cuanto a religiones de presencia minoritaria en España, los Testigos de Jehová, en contra de lo que podríamos pensar por el tema de las transfusiones de sangre, sí aceptan tanto ser receptores como ser donantes siempre que no implique contacto con sangre. Para el budismo o el sintoísmo, en cambio, la donación de órganos no sería posible por el concepto que tienen sobre el proceso gradual de la muerte, que impediría por tanto la necesaria inmediatez con la que se debe actuar para la extracción sana del órgano, además de que en el caso de los budistas, sería incompatible además con su idea de la reencarnación.

En resumen, la mayoría de las creencias religiosas no presentan obstáculos ni para ser donante ni para ser receptor.

Cosa distinta, y por ello lo traemos a colación, es que la extracción del órgano se produzca tras la muerte encefálica o la muerte cardio respiratoria, pues en países como Israel su legislación determina que se debe certificar la muerte cardio respiratoria para que se pueda proceder a la extracción. Sin duda, la redefinición por parte de la Medicina del momento de la muerte ha resultado determinante para el aumento de órganos provenientes de cadáveres en óptimas condiciones ya que con la determinación de la muerte encefálica el corazón puede estar latiendo y, por tanto, los órganos no comienzan su degeneración. En este ámbito los tiempos son, nunca mejor dicho, vitales, y por ello es crucial la determinación que la Ciencia médica hace del momento de la muerte, aunque ello no esté exento de polémica<sup>32</sup>. En la actualidad se está siguiendo el criterio de la muerte encefálica con carácter general pero siempre habrá que atender al caso concreto.

30 “El trasplante de órganos es conforme a la ley moral si los daños y los riesgos físicos y psíquicos que padece el donante son proporcionales al bien que se busca para el destinatario. La donación de órganos después de la muerte es un acto noble y meritorio, que debe ser alentado como manifestación de solidaridad generosa. Es moralmente inadmisibles si el donante o sus legítimos representantes no han dado su explícito consentimiento. Además, no se puede admitir moralmente la mutilación que deja inválido, o provocar indirectamente la muerte, aunque se haga para retrasar la muerte de otras personas.” *Catecismo de la Iglesia Católica*, n. 2296.

31 Estos esfuerzos educativos forman parte de la ONT en colaboración incluso con universidades. Así se entiende por ejemplo la celebración de jornadas y encuentros para informar y difundir la cultura de la donación. Así lo demuestran diversas noticias sobre este hecho, que específicamente para los musulmanes lo podemos consultar en <http://www.webislam.com/articulos/61338-el-islam-si-permite-la-donacion-de-organos-para-transplantes.html> (última consulta el 4/05/2014)

32 Para ver la evolución de esta materia y las críticas que caben al respecto me permito remitir a PUNZÓN MORALEDA, Jesús, SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Francisco: *op. cit.*, p. 870-872.



## 4. SUPUESTOS DE CONFLICTO

Vamos a seguir en la exposición de casos un criterio subjetivo de división de los mismos en función de que afecten al donante o al receptor del órgano, con indicaciones al profesional sanitario allí donde pueda también a entrar en colisión, pero no ha sido objeto de un tratamiento específico por entender que en este ámbito de los trasplantes es un medio activo a favor del tratamiento de trasplantes.

### 4.1. Desde el punto de vista del donante

Ya hemos apuntado que, en general, todo donante hace un ejercicio interno a la hora de decidir si desea o no ser donante de órganos, vivo o una vez haya fallecido. Obviamente no se puede obligar a nadie, sin entrar en la esfera del derecho penal, a que done sus órganos en vida (y menos aún quitarle la vida para que entre en juego la presunción de donación).

En este caso es irrelevante entonces el conflicto que pueda surgir en su fuero interno porque no está obligado por ninguna norma, y la presunción de donación para el caso de fallecimiento es *iusuris tantum*, se puede romper con una manifestación de voluntad negativa en cualquier forma (verbal o escrita, solemne o no)<sup>33</sup> ya sea para todos o para algún órgano específico. Incluso diría que podría llegar a decidir que la donación se produjera sólo en el caso de que se realizara la determinación de la muerte cardio respiratoria, lo que solventaría, por ejemplo, dudas entre los hebraicos. Por seguridad jurídica lo óptimo es que se manifieste en instrucciones previas, como vimos en el art. 11 Ley 41/2002, la voluntad o negativa a donar todos o algún órgano concreto.

Recordemos que el donante vivo deberá prestar el consentimiento informado *ex art. 4 c. Ley 30/1979*<sup>34</sup>. Sobre menores e incapaces me remito a

33 En contra, MARINA RIOPÉREZ, Pablo: *El jurista ante el trasplante de órganos humanos. Régimen jurídico administrativo*, Granada: Fundación Luis Portero García, Editorial Universidad de Granada, 2006, p. 319-320. Para este Autor, “constancia expresa significa constancia por escrito. Esto es así, porque la única forma de dotar de validez a una manifestación hecha en vida por el difunto, es dejando constancia expresa de la misma por escrito.”

34 Según este artículo: “La obtención de órganos procedentes de un donante vivo, para su ulterior injerto o implantación en otra persona, podrá realizarse si se cumplen los siguientes requisitos: c) Que el donante otorgue su consentimiento de forma expresa, libre y consciente, debiendo manifestarlo, por escrito, ante la autoridad pública que reglamentariamente se determine, tras las explicaciones del médico que ha de efectuar la extracción, obligado éste también

lo dicho *supra*. Luego en este caso estamos ante un supuesto de autodeterminación, que como ya hemos dicho implica obviamente el ejercicio de la libertad de conciencia.

En todo caso, hay un supuesto que desde la óptica del donante podemos analizar. Se trata de un caso real que sucedió en Granada en 2001. Por desgracia no ha sido posible encontrar en los buscadores habituales el Auto del Juzgado de Guardia de Granada que motiva la presente exposición. Por tanto, debemos advertir de que los datos que se van a ofrecer están basados en los que ha ofrecido la prensa, que se hace eco de una noticia servida por la Agencia EFE.

Los hechos son los siguientes, aunque los datos temporales son meramente informativos del caso real, pues nosotros nos vamos a referir al analizar la situación al derecho positivo actual. El inmigrante marroquí Mohamed A.B. fallece el 13 de julio de 2001 al desprenderse de los bajos de un camión, donde viajaba con la pretensión de introducirse ilegalmente en España. Los responsables sanitarios del Hospital Virgen de las Nieves de Granada siguen lo prescrito en el art. 5.3 L 30/1979 que ante la muerte en accidente necesitan de la autorización del Juez para extraer los órganos, además de la imposibilidad de cerciorarse de la voluntad del fallecido a través de familiares o de documentación que llevara encima (es de suponer que un inmigrante ilegal no lleva encima un carné de donante de órganos) *ex art. 9 RD 1723/2012*. El juez de guardia de Granada rechazado la petición de extracción de órganos de Mohamed A.B, recordemos, inmigrante marroquí, al considerar que el trasplante puede estar en colisión con la religión musulmana.

El auto del juez señala que la incompatibilidad del Islam con los trasplantes de órganos fue apuntada por la asesoría jurídica de la Embajada de Marruecos en España, a la que consultó el juzgado de guardia de Granada cuando recibió la solicitud del Hospital Virgen de las Nieves. El juez centra su reflexión jurídica en que los trasplantes caerían dentro de las normas civiles, que, a diferencia de las penales, no tienen por qué regir la vida de los extranjeros en España. Por

a firmar el documento de cesión del órgano. En ningún caso podrá efectuarse la extracción sin la firma previa de este documento.” Sin lugar a dudas esta redacción ya sienta las bases del consentimiento informado como parte esencial de la *lex artis* que no se consagrará en nuestro ordenamiento hasta la Ley de Autonomía del Paciente (41/2002). De hecho, la redacción del art. 8.1.c) RD 1723/2012 ya se aproxima más a la terminología de la Ley de 2002, especialmente en lo que al término información se refiere.

eso, el Auto alude al artículo 9 del Código Civil para señalar que la ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Sobre este precepto, el juez de guardia de Granada concluye que la nacionalidad del fallecido, marroquí, hace presumir una creencia que puede estar en colisión con los aspectos humanos y anatómicos de los trasplantes por lo que acuerda no acceder a la solicitud realizada por el Hospital de la capital granadina para la extracción de órganos del fallecido<sup>35</sup>.

Lo primero que queremos resaltar es que la decisión de aquel juez de guardia evitó salvar la vida a muchas personas que esperaban una oportunidad para recuperar su salud. Y con ello adelanto mi disconformidad a su decisión tanto en el fondo como en la forma.

Ninguna norma hemos encontrado que nos determine para ser donante la necesidad de ser nacional español, ciudadano europeo o siquiera extranjero residente legal en España; y ello porque, en el marco solidario e internacional en el que se encuadra la ONT, no tiene sentido ante la escasez y elevada demanda, que un cuerpo apto para la extracción de órganos no sea idóneo por una cuestión de *ley personal que viene determinada por la nacionalidad*. No es el Código Civil la norma encargada, por analogía, de reglamentar las donaciones de órganos, con las consecuencias que tienen sobre la propiedad, posesión, consentimiento, etc. Hemos visto en el apartado 2 que estamos ante un sistema público fuertemente regulado en el que la Administración tiene un papel preponderante, de hecho no hemos observado normas netamente privadas, pues hasta los consentimientos son requisitos *sine qua non* para proceder a la realización del tratamiento médico (extracción/trasplante) con lo que estamos ante un régimen jurídico administrativo<sup>36</sup>.

En consecuencia, el posible donante se encuentra en territorio español, al no poder recabar el parecer de la familia, el juez es el que debe suplir, o mejor

35 Los hechos han sido elaborados sobre la base de las noticias que se recogen en los siguientes enlaces (última consulta el 4/05/2014):

[http://elpais.com/diario/2001/07/17/sociedad/995320813\\_850215.html](http://elpais.com/diario/2001/07/17/sociedad/995320813_850215.html)

[http://www.abc.es/hemeroteca/historico-17-07-2001/abc/Sociedad/un-juez-rechaza-la-extraccion-de-los-organos-de-un-marroqui\\_34989.html](http://www.abc.es/hemeroteca/historico-17-07-2001/abc/Sociedad/un-juez-rechaza-la-extraccion-de-los-organos-de-un-marroqui_34989.html)

<http://www.elmundo.es/elmundo/2001/07/16/sociedad/995283198.html>

<http://actualidad-juridica.vlex.es/vid/extraccion-cursada-nieves-transplante-104846>

36 En este sentido, MARINA RIOPÉREZ, Pablo: *op. cit.* (2006).

dicho, no enmendar la presunción general de *favor donationis* puesto que, como señala acertadamente Marina Riopérez para el caso en que no exista familia conocida y refiriéndose a la titularidad de los restos, si no hay constancia expresa de su oposición a la donación, habrá de acudir a la necesaria autorización judicial para poder extraer los órganos y/o tejidos, con lo que cabe “afirmar la titularidad de Estado sobre esos órganos y/o tejidos, pero condicionado el ejercicio de dicha titularidad a la preceptiva autorización judicial. Es, por así decirlo, como una titularidad incompleta, que necesita del concurso judicial para poder ser ejercitada.”<sup>37</sup> De aquí se deduce que el juez se extralimitó de sus funciones pues su deber de autorización debía perfeccionar la plena asunción de esos órganos y/o tejidos por parte del Estado, lo que hubiera supuesto que inmediatamente entraran en el circuito, reparto y búsqueda de receptores idóneos.

Aún más, se extralimitó porque basó su decisión en una presunción religiosa. No existe texto legal que nos diga que la nacionalidad implica la profesión de una fe determinada. Incluso en Estados teocráticos, desde nuestra perspectiva constitucional debemos pensar que toda persona individual es libre de pensamiento, de ideología y de religión. Un Estado confesional podrá obligar a su ciudadanía a seguir unos determinados ritos o cultos en sociedad pero jamás podrá adueñarse del pensamiento íntimo individual. Por lo tanto, la nacionalidad no es un criterio para la determinación de una opción personalísima, y en tal sentido la autorización del juez no puede suplir ese carácter personalísimo sino regirse por los dictados de la norma, de la que se deduce que, salvo que se obstaculizare la instrucción de un sumario, el juez debe conceder la autorización precisamente por la presunción sobre la que se sustenta el sistema.

Además del hecho de equiparar nacionalidad con religiosidad, se deja asimismo llevar por el mito y la costumbre. Es verdad que recaba información a la Embajada y que de esa información se produce el error. Como hemos visto, el Islam no prohíbe las donaciones ni trasplantes de órganos, por lo que hubiera bastado al juez, si verdaderamente dudaba, con solicitar su parecer a la Comisión Islámica de España, que es la que tiene el Acuerdo con el Estado español y sabrá mejor distinguir esas cuestiones religiosas a la luz de nuestro ordenamiento.

Por lo tanto, estamos ante un caso en el que el conflicto entre la norma religiosa y la norma jurídica

37 *Ibidem*, p. 112.

fue resuelta por una Autoridad del Estado (aconfesional) a favor de la primacía de un falso precepto religioso frente al cumplimiento coherente del ordenamiento jurídico al caso particular; la *favor donatio-nis* decayó ante la falsada *favor religionis*.

## 4.2. Desde el punto de vista del receptor

En este apartado vamos a referirnos a algunos supuestos en los que consideramos que, de manera más clara que en el anterior, podamos estar ante conflictos pero desde la óptica del receptor del órgano. A este respecto debemos tener presente que el receptor es un enfermo con un fallo orgánico que necesita de su sustitución para mejorar su salud, cuando no garantizar su supervivencia. Para el paciente, recibir un órgano es una esperanza necesaria, una alegría consciente de la fuente de la desgracia y tristeza de otra persona en algún otro rincón del país. Es evidente que el ansia de curarse o mejorarse es un valor suficiente, que ponderado, supera las reticencias que supone el introducir en tu organismo una parte de otro, algo extraño que, sin duda, rompe el concepto mismo de integridad física. Aunque siguiendo la idea jurídica de la donación, una vez que se ha producido exitosamente el trasplante, el órgano o tejido trasplantado *se integra* en el cuerpo, se consuma la donación, y no cabría pensar que no se adquiere la titularidad del mismo<sup>38</sup>.

Plantearse esta posición es una cuestión delicada porque las consecuencias que se pueden derivar de un rechazo de un órgano pueden llegar a la muerte. *Mutatis mutandis* estaríamos ante un supuesto de hecho similar a lo que ocurre con las transfusiones de sangre<sup>39</sup> y el rechazo que manifiestan los Testigos de Jehová a este tratamiento altamente indicado en situaciones vitales transcendentales. Entonces, vamos a tener que plantearnos si estaríamos ante verdaderas objeciones de conciencia o ante el rechazo de un tratamiento determinado, aun con pronóstico muy desfavorable, sobre la base del principio de autonomía del paciente.

Veamos primero los dos supuestos sobre los que creemos que cabría algún cuestionamiento: caso de órgano humano pero cuya procedencia nos puede resultar execrable; caso de órgano procedente de animal, y en concreto del cerdo.

38 En este sentido MARINA RIOPÉREZ: *op. cit.* (2006), p. 108

39 Según el art. 2.3.b RD 1723/2012 este régimen no es de aplicación a la sangre y sus derivados, con lo que debe entenderse el recurso a esta comparación a los elementos fácticos.

### 4.2.1. Negación de trasplante de órgano proveniente de persona conocida (en sentido amplio)

Lo primero que conviene aclarar para este supuesto es que no se trata de un caso de donación modal, esto es, la posibilidad de donar a / recibir de una persona determinada. Estaríamos más bien ante el supuesto de que podamos llegar a conocer la procedencia del órgano para el que nos han considerado apto. Y es cierto que esto sería hartamente difícil dado las garantías que existen a la confidencialidad y al anonimato tanto del receptor como del donante<sup>40</sup>. La confidencialidad es una consecuencia del derecho a la intimidad y la protección de datos *ex art.* 18 CE. El anonimato, por su parte, es una de las claves de bóveda del modelo, dado que *despersonalizando* el órgano o tejido, *farmacologizándolo*, se consigue un doble propósito: 1) naturalizar, normalizar la idea de trasplantar órganos de un cuerpo, normalmente muerto a otro; 2) evitar el carácter lucrativo, de consecuencias indeseables y casi incontrolables, manteniendo el sistema en el marco de la solidaridad y del altruismo.

*A priori*, entonces, es bastante difícil imaginar que un receptor pueda saber de antemano la procedencia del órgano para el que estaba esperando. Pero si llegado el caso, por muy rocambolesca que pueda ser la manera de enterarse, el receptor podría objetar ese tratamiento de acuerdo con su libertad de conciencia. Pensemos, por ejemplo, en un receptor neonazi que se entera de que el corazón que espera procede de un homosexual judío; o en una señora que va a recibir el riñón del acosador que la violó en su adolescencia. Suponemos que con estos ejemplos el lector habrá quedado entendido del choque interior a que se puede colocar a esas personas. Pero tomemos aquí prestado también una noticia ocurrida en el medio televisivo, que nos puede ilustrar para contestarnos: la presentadora de televisión Mariló Montero, en su programa *La Mañana de La 1*, en RTVE, se hizo eco en su *magazine* de la noticia de que el ‘presunto asesino del Salobral’, como se conoció en los medios al presunto autor de dos homicidios en aquella pedanía de Albacete, había fallecido apenas unas

40 Según el art. 5 RD 1723/2012: “1. No podrá divulgarse información alguna que permita la identificación del donante y del receptor de órganos humanos. De este principio se exceptúan aquellos casos en que un individuo, de forma pública, libre y voluntaria, se identifique como donante o como receptor. Aun cuando dicho extremo ocurra, se deberá respetar lo dispuesto en el apartado siguiente.

2. Ni los donantes ni sus familiares podrán conocer la identidad del receptor o la de sus familiares y viceversa. Se evitará cualquier difusión de información que pueda relacionar directamente la obtención y el ulterior trasplante. [...]” En un sentido similar el RD 1301/2006 para los tejidos.

horas después de producirse los hechos execrables, y que sus órganos iban a ser donados. Aquí ya tenemos una primera manera de que algún paciente receptor o familiar suyo se enterara de la noticia al ver dicho programa y que en ese intervalo de tiempo pudiera sospechar, en consecuencia, de que el órgano que le iban a trasplantar era el de dicho homicida. Dejando también de lado el juicio *sumario* en el que la presentadora cayó así como en el alarmismo innecesario –aunque finalmente no fueron donados esos órganos, como señaló la propia ONT–, la presentadora no se resistió a lanzar dubitativamente en antena una serie de cuestiones y afirmaciones poco corroboradas; así, más o menos literal, se preguntaba si alguien querría recibir órganos de un asesino pues científicamente no se había demostrado que el alma del donante fallecido no se trasplantara junto al órgano donado (no es de extrañar que se provocara la reacción de la propia ONT negando tal extremo, que lo más que hace es confundir y no ayudar a normalizar en la sociedad la cultura de la donación/trasplantes). Para lo que más nos interesa, la presentadora expresó para finalizar su programa que ella no querría recibir el órgano de un tipo como aquél<sup>41</sup>.

La cuestión no es baladí, primero por el daño que se puede producir en el sistema al introducir miedo o temor en los potenciales donantes; segundo, porque efectivamente puede crear una situación de alteración de la conciencia interna que puede suponer en un caso concreto situaciones desagradables. Es de pensar que alguien que tiene, por fin, un elemento vital al que agarrarse, mentalizado como debe estar de la necesidad del trasplante como tratamiento médico indicado para la patología concreta, no va a retractarse en el último momento. Pero podría darse el caso, pues como se desprende de la normativa, el receptor debe prestar su consentimiento informado escrito (ex arts. 6 L 30/1979 y 17 RD 1723/2012), como para cualquier intervención quirúrgica, rigiendo también en esta normativa especial el art. 8 Ley 41/2002, que con carácter general establece en su apartado 5 que el consentimiento puede revocarse en cualquier momento por escrito.

Tenemos que recordar que el carácter anónimo de las donaciones, salvo casos específicos previstos, llevaría a muy inviable esta situación de hecho, pero ante manifestaciones en las que alguien se opusiera al tratamiento indicado sobre la base de su libertad

de conciencia, debemos afirmar que en realidad estaríamos ante un caso de rechazo de tratamiento, motivado por un hecho moral, pero en puridad legislativa, perfectamente posible. No por un paternalismo médico, sino porque es posible que el paciente se encuentre en una situación de miedo superable, con lo que primero que habría que intentar es calmar y explicar (nunca mentir), tanto el personal sanitario como en su caso la familia, nuevamente las ventajas e inconvenientes de llevar a cabo el trasplante, poner de manifiesto que la trazabilidad<sup>42</sup> puede garantizar la idoneidad del órgano, pues se podría estar produciendo *error in re* que viciara ese consentimiento revocatorio o que impidiera prestarlo libremente (es decir, que se pensara que el órgano que iba a recibir es el que le produce superación emocional cuando en realidad es otro distinto). En definitiva, reconocido el derecho al paciente a rechazar el tratamiento esto no debe entenderse sino agotando todas las vías posibles, y más en los casos de escasez e inmediatez que conllevan los trasplantes de órganos. Aun así, en el marco de la libertad de autodeterminación, y siempre claro está que fuera mayor de edad, sería posible que al final un paciente rechazara el órgano para el que había sido idóneo. Al menos, el sistema prevé incidencias como estas y lógicamente se trataría de trasplantarlo urgentemente a otro receptor.

#### 4.2.2. Negación de trasplante de órgano proveniente de animal

En este caso estamos ante un supuesto totalmente diferente. Hasta ahora nos hemos estado refiriendo a los alotrasplantes, aquellos realizados entre la misma especie, en este caso órgano humano a cuerpo humano. Pero la ciencia está avanzando, ante la necesidad acuciante de órganos trasplantables ante las bondades que los trasplantes han supuesto para la ciencia médica y la vida ordinaria de millones de personas. Es también verdad que este supuesto está aún en fase experimental y que incluso se duda si algún día será posible realizarlo con éxito. En mi opinión se abriría entonces un nuevo campo de conflictos, por diversos motivos, ante la idea de introducir un órgano animal dentro de nuestro cuerpo, lo que una vez más puede suponernos un trastorno insuperable. Veamos entonces los retos a los que nos someten los xenotrasplantes.

41 Puede consultarse la noticia, incluido el testimonio audiovisual en [http://elpais.com/elpais/2012/10/24/gente/1351072210\\_071316.html](http://elpais.com/elpais/2012/10/24/gente/1351072210_071316.html) (última consulta el 4/05/2014)

42 Dentro del capítulo de calidad y seguridad, el art. 22 RD 1723/2012 prevé un control de trazabilidad del órganos donado. En un sentido similar el art. 32 RD 1301/2006.

a) Marco conceptual, científico, religioso y normativo de los xenotrasplantes.

El xenotrasplante<sup>43</sup> es aquel que se realiza de una especie a otra distinta, en nuestro caso de un animal a un ser humano. Se ha llegado a practicar, sin éxito hasta el momento, en contadas ocasiones. Merece la pena resaltar que ya en los primeros años del siglo XX se intentaron una serie de trasplantes sin ningún éxito con animales donante muy alejados del ser humano en la escala filogenética. No es hasta 1964 cuando se realizan trasplantes renales con riñones provenientes de primates, al considerarse que estas especies son más idóneas por el mayor parentesco genético con el humano. Sin embargo, nunca se ha logrado una alta supervivencia.

Científicamente el xenotrasplante está resultando harto complicado y está lejos aún de que sea viable. En innegable que su éxito podría solucionar la carestía de órganos, aunque debemos tomar una serie de cautelas que vamos a tratar. Hay que tener en cuenta que existen barreras inmunológicas y diferencias fisiológicas y funcionales muy importantes. El rechazo hiperagudo del xenoinjerto es la principal traba. Además hay que tener en consideración otras cuestiones, como los animales de los que se van a extraer los órganos. No sin razón se ha pensado primeramente obtenerlos de primates, de hecho algún experimento se ha realizado también sin éxito, pero aunque estén cercanos al ser humano en la escala filogenética el uso de estos animales primates tienen en conjunto más inconvenientes que ventajas y ello porque la mayoría son animales en peligro de extinción, su cría en cautividad es complicada y la gestación de los mismos es larga y escasa (un nacimiento por embarazo), luego estamos ante una opción muy costosa. Es por ello que los experimentos se han derivado hacia el cerdo, que produce una gran camada en cada parto y que, aunque esté más alejado genéticamente, los expertos lo consideran apto. Sin embargo, tampoco se han conseguido grandes avances al respecto pues se siguen produciendo rechazos hiperagudos, lo que ha llevado a los investigadores

a crear cerdos modificados genéticamente de modo que introduciendo en los mismos genes humanos, se pudieran criar cerdos aptos para la obtención de órganos (cerdos transgénicos) que de tal manera ayudaría a evitar dicho rechazo hiperagudo. Aunque tampoco hay pruebas concluyentes al respecto. Pero sí hay un gran temor, la posibilidad de xeno zoonosis, es decir, introducir entre los humanos enfermedades animales de consecuencias desconocidas e imprevisibles (pensemos por ejemplo en el terrible SIDA, que está demostrado que el contagio fue consecuencia del contacto entre humanos y monos).

Por lo tanto, las grandes problemáticas, y nada menores, a las que se enfrentan los xenotrasplantes son tres grandes bloques: 1) el problema del rechazo hiperagudo y la necesidad de modificar genéticamente el cerdo; 2) las consecuencias desconocidas para la salud pública por una posible xeno zoonosis, que implica no sólo vigilancia constante, incluso con especial afectación a derechos y libertades fundamentales (pensemos en la libertad de movimientos) del paciente receptor sino además de la de su familia y entorno con el que se relacionara, que podrían quedar sometidos igualmente a un régimen restrictivo de libertades y derechos por razones de salud pública y precaución<sup>44</sup>; 3) el uso de animales y sus *derechos*<sup>45</sup>.

Las dudas, los grandes interrogantes sin resolver y especialmente la posibilidad de que una generalización de los xenotrasplantes pueda causar una pandemia por xeno zoonosis, indica que debemos ser muy cautelosos en este tema. De hecho, en el seno del Consejo de Europa se ha tratado el tema de los xenotrasplantes con dos Recomendaciones al respecto: 1) la R (97) 15 relativa al xenotrasplante como “utilización de órganos vivos, de tejidos y/o células de animales modificados o no genéticamente con el fin de transportarlos a seres humanos”; 2) la R 1399/99 1 por la que la Asamblea Parlamentaria del Consejo pedía una moratoria inmediata y de carácter

43 Sigo aquí a MATESANZ, Rafael: “Xenotrasplante ¿del cero al infinito?”, en ROMEO CASABONA, C. M. (coord.): *Los xenotrasplantes. Aspectos científicos, éticos y jurídicos*, Granada, Comares, 2002, p. 1-18; MÁÑEZ MENDILUCE, Rafael: “Xenotrasplante: los retos científicos”, en ROMEO CASABONA, C. M. (coord.): *Los xenotrasplantes. Aspectos científicos, éticos y jurídicos*, Granada, Comares, 2002, p. 19-42; JORQUI AZOFRA, María: “Marco ético-jurídico para la regulación de los xenotrasplantes”, en PALOMAR OLMEDA, A., CANTERO MARTÍNEZ, J. (dirs.): *Tratado de Derecho Sanitario*, Vol. II, Cizur Menor, Aranzadi, 2013, p. 903-938.

44 Sobre este principio de precaución véase TALLACCHINI, Mariachiara: “Los xenotrasplantes y el principio de precaución. Tendencia normativa europea e italiana”, en ROMEO CASABONA, C. M. (coord.): *Los xenotrasplantes. Aspectos científicos, éticos y jurídicos*, Granada, Comares, 2002, p. 121-144.

45 Me abstengo aquí de examinar mis dudas, incluso de conciencia, sobre los pretendidos derechos de los animales, siendo consciente de la necesidad de la protección y del buen trato que se les debe prestar, además de conocer la existencia de Cartas internacionales al respecto. En todo caso remito al estudio de ENGELS, Eve Marie: “El estatuto moral de los animales en la discusión sobre el xenotrasplante”, en ROMEO CASABONA, C. M. (coord.): *Los xenotrasplantes. Aspectos científicos, éticos y jurídicos*, Granada, Comares, 2002, p. 71-108.

jurídicamente vinculante de las experimentaciones clínicas por los motivos ya aducidos<sup>46</sup>.

Sobre cuestiones éticas<sup>47</sup>, hemos encontrado la postura de la Iglesia Católica que se muestra a favor de los mismos aun con ciertas precauciones y reservas, según la Pontificia Academia para la Vida (Informe de 26 de septiembre de 2001: "La perspectiva de los xenotrasplantes - aspectos científicos y consideraciones éticas"). Asimismo, el Papa Juan Pablo II en 2001 habló de las condiciones para la realización de trasplantes de órganos animales en humanos<sup>48</sup>.

En cuanto al marco normativo<sup>49</sup>, en España no existe un régimen jurídico específico para el xenotrasplante. De hecho lo que primeramente podemos afirmar es que de acuerdo con el art. 2.3.i) RD 1723/2012 están excluidos los xenotrasplantes de su ámbito jurídico luego no hay norma específica que se refiera a ellos. En general se les podría aplicar la normativa general sobre protección y garantía de los derechos vigentes en España tanto a nivel estatal como autonómico en el ámbito sanitario por analogía<sup>50</sup>. Lo que sí existe en España es una Recomendación de la Subcomisión de Xenotrasplantes para la regulación de esas actividades en España, que prevé las principales cuestiones a las que nos hemos referido, pero obviamente no estamos ante norma jurídica.

46 Una vez más las decisiones tomadas a escala territorial demuestran una vez más la necesidad de abordar estos temas en el marco de la ONU. Por prensa digital hemos tenido constancia de que Australia en 2004 ha aprobado el uso de xenotrasplantes. Se puede consultar en <http://www.bioeticaweb.com/content/view/565/809/> (última consulta el 4/05/2014)

47 Me remito a URRUELA MORA, ASIER, ROMEO CASABONA, Carlos María: "Los dilemas éticos del xenotrasplante", en ROMEO CASABONA, C. M. (coord.): *Los xenotrasplantes. Aspectos científicos, éticos y jurídicos*, Granada, Comares, 2002, p. 43-70

48 Puede consultarse la noticia en <http://www.zenit.org/es/articulos/condiciones-de-los-transplantes-de-organos-animales-al-hombre-segun-el-papa> (última consulta el 4/05/2014)

49 Vid. JORQUI, María: *op. cit.*

50 Sobre el ordenamiento español véase ROMEO CASABONA, Carlos María, URRUELA MORA, ASIER: "Aspectos jurídicos del xenotrasplante. La configuración de un marco jurídico para el xenotrasplante en el derecho español", en ROMEO CASABONA, C. M. (coord.): *Los xenotrasplantes. Aspectos científicos, éticos y jurídicos*, Granada, Comares, 2002, p. 145-205, que realizan un estudio con la normativa sectorial aplicable. Es interesante ver las 22 propuestas de regulación en diversos ámbitos que hacen estos Autores en "Propuestas sobre el régimen normativo del xenotrasplante en el derecho español", en ROMEO CASABONA, C. M. (coord.): *Los xenotrasplantes. Aspectos científicos, éticos y jurídicos*, Granada, Comares, 2002, p. 241-252.

En el ámbito internacional<sup>51</sup> tampoco hay una regulación clara. Existen más bien recomendaciones por parte de los Organismos internacionales clásicos, si acaso *soft law* y en muchos casos más bien informes y estudios como los que realiza la OMS. Los Convenios clásicos en la materia, como podría ser el Convenio de Oviedo, no prevén un marco jurídico para el xenotrasplante, aunque es seguro que en el momento en que sea viable su utilización en masa se llegará a tal Convenio, aunque sería deseable que fuera a nivel mundial, especialmente porque las pandemias no entienden de fronteras.

*b) Distintas opciones y posibles problemas ante los xenotrasplantes.*

Resulta evidente que el uso de animales para crear *órganos transgénicos en serie*<sup>52</sup> puede provocar un problema de conciencia pues no se nos puede escapar, por un lado, que estaríamos ante un tratamiento (necesario y vital cuando indicado) que implica que una parte de un animal entre dentro de nuestro cuerpo; y por otro, que ese animal ha tenido que ser modificado genéticamente, con lo que si ya hay grupos de población preocupados por la alimentación con transgénicos, no pensemos lo que implica que dentro de nosotros hubiera una parte de un animal al que se le han introducido genes humanos para evitar los riesgos ya conocidos. Además, tenemos que ser conscientes de los graves peligros que conlleva para la salud pública, lo que supone en un ámbito inmediato y familiar el condicionamiento de la vida de seres ajenos al problema médico; con lo que en el dilema ético entra en juego, además, la relación social más íntima, en cuanto que se verán afectados derechos de otros. Desde la Ciencia Jurídica es clara que la respuesta a tal dilema se soluciona con el consentimiento expreso de aceptación de tal situación de las personas queridas, pero aun así se nos estaría limitando nuestra libertad de interacción social y comunicativa. Este mismo hecho, la posibilidad de causar un mal mayor que lo que implica mi falta de salud, a personas cercanas o incluso al conjunto de la ciudadanía es indudable que remueve conciencias un

51 Véase PEREIRA DE MELO, Helena, SIMON, Jürgen: "Regulación del xenotrasplante a nivel internacional y supranacional", en ROMEO CASABONA, C. M. (coord.): *Los xenotrasplantes. Aspectos científicos, éticos y jurídicos*, Granada, Comares, 2002, p. 109-120.

52 Se entiende que deben producirse en condiciones de calidad, seguridad y eficacia, como si de un producto farmacéutico se tratara. Véase la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios.

poco preocupadas en el “otro”, con independencia de creencias religiosas.

Pero es que la problemática se agrava desde el momento en que las esperanzas de producir *órganos transgénicos en serie* se basan en el cerdo como animal de referencia, animal que en muchísimas culturas provoca un rechazo tal que incluso está fuera de su dieta, incluso mandado por preceptos religiosos. Pensemos aquí en judíos y musulmanes, por ejemplo, donde me parece evidente que en este caso podríamos estar en un supuesto similar al de los Testigos de Jehová y las transfusiones de sangre.

Surgen entonces una serie de cuestiones, que es verdad que no se vislumbran a corto plazo, pero que sin duda provocaría fuertes colisiones. Ya hemos visto cómo la mayoría de las religiones aceptan tanto la donación como los trasplantes de órganos. Luego ante un tratamiento médico indicado que determine la necesidad de trasplantar el órgano afectado, en principio la prestación del consentimiento informado no estaría afectada por una cuestión moral previa, más allá de las razones de autodeterminación que se le permite al paciente de acuerdo con su autonomía y circunstancias personales.

La gran pregunta es: ¿puede un musulmán objetar un trasplante proveniente de cerdo transgénico? ¿Implicaría que tuviera que rechazar el tratamiento con las fatales consecuencias que se podría derivar o que simplemente entraría en el cupo de trasplantes de órganos provenientes de humanos<sup>53</sup>? ¿Supondría ello un mejor derecho, una discriminación por razón de ideología o religión, ante el supuesto de que los riesgos inherentes al trasplante proveniente del cerdo transgénico fueran aún mayores de los casos de órganos humanos?

Sin lugar a dudas, la resolución de estas preguntas como meras hipótesis, sin supuestos fácticos con la consiguiente riqueza de matices, es un poco complicada, pues a ello se une una falta de regulación específica, con lo que nos movemos en el campo de la indeterminación general y de la analogía. No creo que resulte necesario hacer un estudio del caso de las transfusiones de sangre para presentar la comparativa, ni toda relación histórica sobre la que se ha ido construyendo. Sí que abordaremos en el apartado

siguiente el tema de la diferencia que puede existir, en este caso del xenotrasplante y en el que vimos anteriormente, entre la objeción de conciencia y el *mero* rechazo de tratamiento.

Volviendo entonces a esos interrogantes, desde mi punto de vista, me parece que podríamos estar ante situaciones de discriminación. Lo que la evitaría sería que los riesgos de uno u otro tratamiento fueran equivalentes, me atrevería a decir casi idénticos para que una persona que aceptara el xenotrasplante no estuviera en peores condiciones de salud que alguien que, por motivos religiosos, nunca lo fuera a aceptar. Además de que esto nos podría llevar a un disparatado juego de prisionero a escala general por el que, aun sin problemas reales de conciencia, un paciente esperaría aún un intervalo de tiempo, si le fuera posible, para recibir el órgano humano. No podemos perder de vista que en este caso estaríamos casi ante un sistema de elección a la carta, con lo que las bondades descritas para los xenotrasplantes no alcanzarían la panacea. Hay que resaltar que en estos supuestos no podría ser de aplicación el anonimato del donante. El receptor, como parte de su derecho a la información previa al consentimiento, debería conocer con todo lujo de detalle la procedencia y trazabilidad de su futuro órgano, así como el alcance y consecuencias que debería soportar, como la posibilidad de convertirse en portador de una nueva enfermedad o variante en humanos.

Surgiría asimismo un problema grave si el tratamiento médicamente indicado se reduce al trasplante proveniente de cerdos transgénicos porque sería equivalente a desplazar a un amplio sector de la población de una práctica actualmente aceptada y querida.

Por último, en lo que a menores se refiere, siempre que puedan dar de manera clara y consciente su opinión al respecto, aun cuando tengan que ser los padres o tutores los que presten el consentimiento, deberá tenerse muy en cuenta su opinión, porque se puede dar la colisión entre el deseo de los padres a que su hijo sobreviva (relajándose entonces su imperativo ético conforme a la procedencia animal del órgano) y la voluntad formada del menor de no querer tener que vivir el resto de su vida con una parte de un cerdo transgénico dentro de su cuerpo.

#### 4.2.3. ¿Conflicto de conciencia o rechazo de tratamiento?

Hemos visto ya los posibles conflictos que pueden darse desde el punto de vista del receptor, bien

<sup>53</sup> A mi entender, aunque algún día se consiguiera la producción de *órganos transgénicos en serie* no habría que renunciar con el sistema actual de extracción y trasplantes de órganos humanos, que en cualquier caso son más deseables que los de animales.

para alotrasplantes como para xenotrasplantes. En ambos casos nos hemos ido preguntando por la divisoria existente entre un conflicto de conciencia y el rechazo de tratamiento. Así de primeras, en el primer caso parecería que estamos ante un ciudadano virtuoso al que le surge una angustia vital en el momento de una elección transcendental que afecta a su integridad física y moral (y a su salud); en el segundo en cambio, parecería que estamos ante un ser amoral, sin principios, que es capaz de poner su vida en juego sin contar con otros intereses. Estos planteamientos deben ser rechazados pues lo único que hacen es desenfocar el estudio.

Por un lado, como ya hemos defendido, ante una colisión de derechos, derechos fundamentales, que provocan un conflicto ideológico y/o religioso que debe resolverse en conciencia de acuerdo con la autonomía de la voluntad<sup>54</sup>. Este mismo principio es el sustento sobre el que se basa la posibilidad de rechazar un tratamiento. Y ello porque no ha habido una prestación de consentimiento informado. En este caso también ha habido una ponderación de intereses, que en este ámbito sanitario puede desembocar en la propia muerte. En este sentido es legítimo que una persona no quiera ser receptor de un órgano ajeno, da igual su procedencia, aunque ello le conduzca al irremediable final en este mundo.

Me inclino a pensar que desde el punto de vista del receptor estamos más bien ante supuestos reconducibles todos ellos al rechazo de tratamiento que ante una objeción de conciencia clásica. Obviamente en ambos supuestos estamos un conflicto de intereses que se resuelven, que solamente pueden resolverse, a nivel íntimo e interno. Es verdad que cabría un matiz conforme a la casuística presentada: en el caso de objeción de conciencia el impedimento no viene en la idea de hacer o no el trasplante, éste es aceptado y querido, el problema deviene cuando es la cosa, el órgano, lo que provoca el rechazo al tratamiento. Que jurídicamente el paciente receptor tiene la garantía de poder rechazar un tratamiento, no dando su consentimiento informado e incluso revocándolo

como hemos visto en el cualquier momento, y que es un cauce que da seguridad jurídica a las partes, no implica que no deba darse la fórmula en que se realice una *prestación sustitutoria*<sup>55</sup> pues caeríamos en el riesgo de provocar desde el sistema público una serie de discriminaciones no justificadas en ponderación de otros intereses en juego.

Por ende, hechas estas observaciones de matices, considero que, dada la preminencia y la importancia que tiene el consentimiento informado en la relación sanitaria, es aquí el instituto idóneo para tomar decisiones que afecten a la propia integridad aunque se vea afectada la salud. Además, el consentimiento informado es en este sentido también una garantía para hacer efectivo la disposición constitucional que nos protege de la obligación de declarar la ideología o creencia religiosa (art. 16.2 CE) con lo que no hace falta aducir tal conflicto interno para rechazar un tratamiento. Ahora bien, será necesario expresar el motivo cuando lo que queramos es ser dispensados de recibir el tratamiento de una manera determinada, que en este caso, en contra de lo que sucede con las transfusiones de sangre que se consideran el tratamiento médico indicado, aquí lo que se estaría pidiendo es una sustitución en la cosa que en sí nos provoca el rechazo. Diferente opción cabe entonces ver en el caso de órganos humanos que en el de órganos animales, pues en el primero sería más difícil conseguir la sustitución, mientras que en el segundo caso es más claro que se pueda rechazar dicho órgano transgénico producido en serie.

En cualquier caso, sea cualquiera de las dos posiciones, conflicto moral o por consentimiento informado, en todo caso estamos tratando con la parte más íntima de la personalidad en una especial situación de dependencia como es el ámbito sanitario, que afecta a la integridad física y moral (art. 15 CE) y que en consecuencia tendremos derecho a la protección de ambos derechos fundamentales incluso en vía de amparo.

## 5. REFLEXIONES FINALES A MODO DE CONCLUSIÓN

Llegado a este punto del trabajo, sólo me queda exponer una serie de consideraciones finales que recopilen lo visto hasta el momento. Hemos abordado dos temáticas bien distintas, por un lado, los conflictos de leyes y la objeción de conciencia y por otro

<sup>54</sup> Véase al respecto la posición de ROVIRA VIÑAS, Antonio: *Autonomía personal y tratamiento médico. Una aproximación constitucional al consentimiento informado*, Cizur Minor, Aranzadi, 2007. Así sostiene este Autor que “[la] justificación fundamental de un procedimiento como el consentimiento informado en el ámbito médico es la realización de la autonomía personal, de su autodeterminación frente a los tratamientos médicos, ya que la facultad de escoger, de decidir, de consentir o rechazar una intervención médica es una manifestación de los más fundamentales derechos.” Sobre la naturaleza constitucional del consentimiento informado véase también la STC 37/2011.

<sup>55</sup> No ha sido casual el empleo de esta terminología.



el apasionante mundo de los trasplantes de órganos. Sentadas las bases normativas hemos entrado a analizar una serie de supuestos hipotéticos de hecho que he considerado que de algún u otro modo podía ocasionar un conflicto de conciencia, pues apenas existen casos reales, con jurisprudencia asentada, que nos pudieran servir de referencia.

Aun así, los tres supuestos que hemos tratado se basan en hechos reales para los que hemos tenido que usar fuentes periodísticas pero también académicas, como ha sido más en el caso de los xenotrasplantes. Estos, junto con la posibilidad de rechazar un órgano de un donante por provocarnos un sentimiento execrable a partir de unas declaraciones por una presentadora de TVE, han conformado la óptica del receptor, que hemos reconducido, con matices, a la figura del consentimiento informado, que implica una vertiente negativa de rechazo de tratamiento (e incluso la posibilidad de revocarlo antes de la intervención). El otro enfoque ha sido desde la óptica del donante, para lo que nos hemos servido de un Auto del Juzgado de Guardia de Granada que no autoriza la extracción de órganos de un marroquí por presumir que su nacionalidad implica una profesión de fe, confundiendo, además, la práctica del Islam que no impide los trasplantes (cosa distinta es que aún no tengan cultura de ello). En mi opinión, el juez estaba obligado a prestar la autorización, con la que se hubieran salvado muchas más vidas, sobre la base de nuestros principios constitucionales y ante la ausencia de normativa que prohibiera a un extranjero ilegal ser donante si ha fallecido en territorio español.

Una de las partes más interesantes, también por ser la que podría llegar a ser una realidad común en el futuro, es el tema de los xenotrasplantes y todas las implicaciones que suponen, desde los desafíos médicos para conseguir la compatibilidad de los injertos; la gravedad que supone una xeno zoonosis para la salud pública; y la óptica de la protección de los animales, pues se necesitaría mutar genéticamente a los cerdos, el animal que se ha considerado óptimo a pesar de que es de sobra conocido el rechazo que determinadas culturas y religiones tienen hacia el mismo, lo que puede conducir en un futuro para grupos de población importantes como son los musulmanes en nuestro país. Quizás los costes de producción de *órganos transgénicos en serie*, y con riesgos elevados frente a los alotrasplantes (que obviamente también tienen un gran coste para el sistema) sea un factor importante también para el desarrollo de los xenotrasplantes. No puedo negar que es un tema fascinante pero que me provoca cierto rechazo la idea.

En todo caso, con este trabajo sólo ha habido una pretensión académica, por lo que no se me han dado las circunstancias para provocarme un conflicto interno (no es lo mismo pensarlo previamente que tomar la decisión), aunque habrá que ver el estado de la ciencia por dónde evoluciona en ese campo. De todas formas, los riesgos parecen tan elevados, especialmente la xeno zoonosis que no es de extrañar que se pidan moratorias internacionales para su desarrollo.

En conclusión, los conflictos de conciencia ante los trasplantes de órganos no presentan grandísimas problemáticas ni complicaciones pero aun así es un ámbito, que aunque dentro del ámbito sanitario, no sigue los mismos razonamientos del sector, aunque sí responde a aquel *big bang* que ha supuesto la sociedad multicultural en el marco de una democracia plural.

